Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public

2015

Sous la direction de

Alain Pellet
Professeur émérite de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense,
ancien membre et ancien président de la CDI,
ancien directeur du CEDIN

Alina Miron
Docteure en droit,
chercheuse au CEDIN



55

CONSEIL D'ÉTAT

Accords extérieurs de l'UE – Applicabilité immédiate Constitution (article 55) – Contrôle de légalité Effet direct – Directives – Invocabilité – Monisme Renvoi préjudiciel

CE ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL*

(*Lebon* 142, avec concl. G. Dumortier ; *RFDA* 2012. 547, concl. G. Dumortier ; *AJDA* 2012. 729, comm. Y. Aguila ; *Dr. soc.* 2012. 1014, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JDI* 2012. 1105, chron. J.-S. Bergé ; *RDSS* 2012. 940, note S. Biagini-Girard ; *D.* 2012. 1712, note B. Bonnet ; *JCP*, n° 27, juill. 2012, p. 806, note P. Cassia, S. Robin-Olivier ; *RTD civ.* 2012. 487, comm. P. Deumier ; *AJDA* 2012. 936, note X. Domino, A. Bretonneau ; *Dr. adm.*, n° 8, août 2012, comm. 76 par Th. Fleury ; *LPA* 14 sept. 2012, n° 185, p. 7, note O. Gabarda ; *RFDA* 2012. 560, comm. M. Gautier ; *AJDA* 2014. 125, comm. Th.-X. Girardot ; *Rev. crit. DIP* 2013. 133, comm. F. Jault-Seseke ; *Constitutions* 2012. 297, comm. A. Levade ; *RGDIP* 2012. 936, chron. J. Matringe ; *JCP Adm.* 2012, p. 2171, note A. Minet ; *RTD eur.* 2013. 928, note D. Ritleng ; *RFDA* 2013. 417, chron. C. Santulli ; S. Slama, http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/)

ARRÊT

Considérant qu'aux termes de l'article L. 300-1 du code de la construction et de l'habitation : « Le droit à un logement décent et indépendant [...] est garanti par l'État à toute personne qui, résidant sur le territoire français de façon régulière et dans des conditions de permanence définies par décret en Conseil d'État, n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir. / Ce droit s'exerce par un recours amiable puis, le cas échéant, par un recours contentieux dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent article et les articles L. 441-2-3 et L. 441-2-3-1. » ; que le décret attaqué n° 2008-908 du 8 septembre 2008 relatif aux conditions de permanence de la résidence des bénéficiaires du droit à un logement décent et indépendant détermine, par l'article R. 300-2 ajouté au code de la construction et de l'habitation, pour les personnes qui ne sont ni de nationalité française ni ressortissantes d'un État membre de l'Union européenne et de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, les conditions de permanence du séjour en France qui leur ouvrent un droit au logement opposable ; qu'en particulier, il établit, pour les personnes autres que celles détenant une carte de résident ou un titre de séjour prévu par les traités ou accords internationaux et conférant des droits équivalents à ceux de la carte de résident, une liste de cinq catégories de titres de séjour permettant à leurs détenteurs de demander le bénéfice du droit au logement opposable, sous la double condition d'une durée de résidence préalable de deux ans sur le territoire national et d'au moins deux renouvellements du titre de séjour détenu ; que cette liste ne

comprend pas la carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » ou « salarié en mission », ni la carte de séjour « compétences et talents » ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance du 1 de l'article 6 de la convention internationale du travail n° 97 du 1er juillet 1949 concernant les travailleurs migrants :

Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de Justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ;

Considérant que l'article 6-1 de la convention internationale du travail n° 97 du 1er juillet 1949 concernant les travailleurs migrants, régulièrement ratifiée, et publiée par le décret du 4 août 1954, publié au Journal officiel de la République française du 7 août 1954, stipule que : « Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes : / a) dans la mesure où ces questions sont réglementées par la législation ou dépendent des autorités administratives : [...] iii) le logement [...] d) les actions en justice concernant les questions mentionnées dans la convention » ; que l'article 11 de la convention définit le travailleur migrant comme la personne qui émigre d'un pays vers un autre en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte ; *que l'engagement d'appliquer aux travailleurs migrants un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui appliqué aux ressortissants nationaux en matière de droit au logement et d'accès aux procédures juridictionnelles permettant de faire valoir ce droit ne saurait être interprété comme se bornant à régir les relations entre États et, ne requérant l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets, se suffit à lui-même* ; que, par suite, les stipulations précitées peuvent utilement être invoquées à l'encontre du décret attaqué ; que celui-ci n'est pas compatible avec ces stipulations en tant, d'une part, qu'il subordonne le droit au logement opposable de certains travailleurs migrants au sens de cette convention à une condition de résidence préalable de deux ans sur le territoire national qui ne s'applique pas aux ressortissants nationaux, d'autre part, qu'il exclut de son champ d'application des titres de séjour susceptibles d'être attribués à des personnes pouvant avoir la qualité de travailleur migrant au sens de cette convention, tels que les travailleurs temporaires ou les salariés en mission ; [...]

[Annulation].

OBSERVATIONS

1 Si à ses origines premières, le droit international public n'avait pour objet que les relations entre puissances souveraines, la diversification de son champ matériel (droits de l'homme, économie etc.) a conduit nombre de conventions internationales à embrasser la situation des particuliers. Comme l'a constaté la Cour permanente de Justice internationale à une époque où les traités agençaient encore essentiellement les seuls rapports interétatiques, « on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux » (CPJI, avis consultatif du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig, série B*, n° 15, p. 17).

2 Hormis le cas des rares conventions leur reconnaissant expressément cette possibilité (v. E. Lagrange, p. 484-485), la question de savoir si et dans quelle mesure les personnes privées sont susceptibles de se prévaloir devant les autorités nationales des engagements internationaux les visant relève de l'autonomie des ordres juridiques étatiques. Au regard de l'ordre juridique international, peu importent les voies par lesquelles l'engagement conventionnel se diffuse dans le droit interne (de manière immédiate dans les systèmes dits « monistes » ; par la conversion de la norme en droit étatique dans les systèmes « dualistes »), tant que, *in fine*, l'engagement est respecté. C'est dans ce contexte que, en s'inspirant de la jurisprudence – antérieure à sa conversion au dualisme – de la Cour suprême des États-Unis (*Foster et Elam v. Neilson (2)*, Pet. 253 (US 1829)), les systèmes d'inspiration moniste ont limité aux normes d'« effet direct » la possibilité d'invocation par les personnes privées des normes internationales. L'effet direct est ainsi défini comme l'« aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités de l'État où cette règle est en vigueur » (J. Verhoeven, p. 243). Derrière sa (relative) simplicité de façade, la théorie de l'effet direct recèle mille subtilités touchant à son fondement, son étendue, ses critères, ses effets, que la jurisprudence française, administrative comme judiciaire, en matière de droit international public s'est contentée d'aborder au cas par cas, de manière pragmatique et sans effort d'abstraction. À cet édifice baroque, le Conseil d'État apporte sa pierre – de taille – dans un arrêt *GISTI et FAPIL* qui consacre *sa* théorie de l'effet direct, laquelle mâtine d'une couche substantielle de transparence une approche dominée par le conservatisme.

3 La loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 a ouvert le droit, opposable à l'État, à un logement décent et indépendant (le fameux « droit au logement opposable », DALO), dont bénéficie « toute personne qui, résidant sur le territoire français de façon régulière et dans des conditions de permanence définies par décret en Conseil d'État, n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir ». Le Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et la Fédération des associations et des acteurs pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL) ont saisi le Conseil d'État d'une demande d'annulation du décret d'application de la loi (décret n° 2008-908 du 8 sept. 2008). L'un des motifs avancés par les requérants était que la rigueur des conditions de permanence de la résidence (deux années de résidence ininterrompue et au moins deux renouvellements du titre de séjour) retenue par le gouvernement pour les étrangers détenteurs de certains titres de séjour contrevenait à la convention internationale du travail n° 97 du 1er juillet 1949 sur les travailleurs migrants, laquelle pose en son article 6 le principe de non-discrimination entre travailleurs migrants et nationaux dans le domaine du logement et des actions en justice y relatives.

4 Moins que la complexité du litige de l'espèce – l'argument des requérants a été accueilli favorablement sans que cette solution présente un caractère spectaculaire – c'est l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, fixée dans un précédent arrêt *GISTI* de 1997, sur la délicate question de l'effet direct des traités, qui a justifié son examen par l'Assemblée du contentieux. Dans l'arrêt de 1997, le Conseil avait jugé, à rebours des conclusions du commissaire du gouvernement Ronny Abraham, que seules les dispositions d'un traité présentant un effet direct à l'égard des particuliers pouvaient être invoquées aux fins de l'annulation d'une décision administrative individuelle ou réglementaire, sans pour autant dissiper la brume entourant les critères de détermination de la norme d'effet direct (CE 23 avr. 1997, n° 163043, *Lebon* 142 ; concl. Abraham, *RFDA* 1997. 585). Dans l'affaire *GISTI et FAPIL* de 2012, le Conseil d'État était invité « avec quinze ans de recul, à réexaminer cette notion d'effet direct et la portée que le juge doit lui donner » (concl. G. Dumortier, *in RFDA* 2012. 547).

5 Loin de remettre en question sa jurisprudence antérieure, le Conseil s'est contenté d'y apporter des précisions dans un long mais inédit considérant qui est « de principe » à double titre : parce qu'il consolide le principe d'invocabilité des (seules) normes conventionnelles d'effet direct (I) ; mais aussi, et surtout, parce qu'il rompt avec l'empirisme jusqu'alors régnant, en fournissant des moyens, se voulant objectifs, de reconnaissance des normes d'effet direct (II).

I. – Consolidation du principe d'invocabilité des normes conventionnelles d'effet direct

6 La règle de l'invocabilité des normes conventionnelles d'effet direct est formulée dans la première partie du « considérant de principe » de l'arrêt *GISTI et FAPIL* :

« Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la

norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir [...] ».

7 Si l'expression « effet direct » n'est employée que dans la suite du considérant, c'est bien cette notion qui est au cœur de l'invocation utile des stipulations conventionnelles (A). Dès lors, l'arrêt rejette implicitement toute possibilité pour le particulier de se prévaloir de normes dépourvues d'effet direct (B).

A. – La teneur du principe d'invocabilité des normes conventionnelles d'effet direct

8 La formule selon laquelle l'invocabilité d'une stipulation conventionnelle est subordonnée à la création par celle-ci de « droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir » doit être lue en relation avec le membre de phrase, dans la suite du considérant, qui identifie les modes de reconnaissance de la stipulation d'effet direct. Partant, le Conseil d'État donne sa définition de la norme d'effet direct (*1°*), non sans apporter des précisions, explicites ou implicites, au principe d'invocabilité de ce type de norme (2°).

1° La définition de la norme d'effet direct

9 Dès 1952, l'arrêt *Dame Kirkwood*, rendu sous l'égide de la Constitution de 1946, avait admis qu'une stipulation tirée d'une convention d'extradition pouvait être invoquée contre un décret d'extradition (CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*). Dans son commentaire de l'arrêt, Marcel Waline avait alors noté que les normes conventionnelles étaient « au nombre non seulement des règles de droit qui s'imposent au respect de toute autorité publique [...] mais aussi au nombre de celles dont chaque citoyen peut se prévaloir et réclamer, le cas échéant, le bénéfice devant les juridictions de l'ordre interne » (*RD publ.* 1952. 781). La subordination de l'invocabilité d'une stipulation internationale à l'ouverture par celle-ci de droits aux individus (CE, ass., 3 févr. 1956, *Sieur Pétalas*, n° 37171, *Lebon* 44) et la formulation assez tardive d'une condition dite « d'effet direct » – l'expression apparaît dans la jurisprudence du Conseil d'État seulement en 1984 (CE 20 avr. 1984, *Ministre du Budget c/ Mlle Valton*, n° 37772, *Lebon* 148) – sont venues restreindre les hypothèses dans lesquelles le juge accepte de connaître des traités internationaux invoqués par les justiciables à l'encontre d'un acte administratif : selon l'arrêt commenté, il s'agit des cas dans lesquels la stipulation internationale invoquée « crée des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir ».

10 Cette définition *prima facie* de la stipulation d'effet direct (la suite du considérant fournit davantage de détails sur la manière d'identifier ces normes) contraste avec l'approche fonctionnelle qui prévalait jusque-là dans la jurisprudence administrative : une stipulation était ou n'était pas d'effet direct, indépendamment de toute définition (v. *infra* § 24 s.). Les juges du Palais-Royal ont fait l'effort de proposer une définition abstraite

et concise de l'effet direct, laquelle place au frontispice de la notion la création de droits subjectifs pour les particuliers.

2° Les contours du principe d'invocabilité des normes d'effet direct

11 En amont de l'applicabilité directe se pose la question de l'applicabilité *immédiate* de la norme internationale. Seules les « stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution » sont susceptibles de produire des effets de droit dans l'ordre juridique français et, partant, d'être invoquées. L'arrêt *GISTI et FAPIL* omet de mentionner la condition de réciprocité également posée par l'article 55, ce qui s'explique sans doute par sa neutralisation lorsque sont concernés les traités de protection des droits de la personne humaine (Cons. const. 22 janv. 1999, *Cour pénale internationale** ; Civ. 1re, 15 nov. 1989, *Lalanne et Sulter*, n° 87-20.045, *Bull.* n° 346, p. 233 ; CE 22 mai 1992, *Larachi*, n° 99475, *Lebon* 203) – ceux-là mêmes qui sont le plus régulièrement invoqués par les particuliers à l'encontre d'actes administratifs. Quoi qu'il en soit, à ce stade préliminaire, n'est pas seulement en jeu la supériorité du traité sur la loi, ainsi que la lecture de l'article 55 pourrait le laisser accroire, mais l'existence même de la norme dans l'ordre juridique français, et par ricochet son invocabilité par les particuliers. À cet égard, la circulaire du Premier ministre relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux (circulaire du 30 mai 1997, *JORF*, n° 125, 31 mai 1997, 8415 et *RGDIP* 1997. 591 s.) a mis en avant les lourdes conséquences qu'emportait la non-publication d'un accord affectant « des intérêts privés » : « l'accord, s'il est d'effet direct, n'est pas opposable aux personnes et, d'une manière générale, n'est pas invocable dans l'ordre juridique interne ».

12 Le principe d'invocabilité des normes internationales d'effet direct ne vaut dans l'arrêt que pour les « stipulations d'un traité ou d'un accord », ce qui laisse en angle mort la question de la transposition de la théorie aux normes provenant d'autres sources du droit international (coutume, droit dérivé des organisations internationales notamment). Toujours est-il que l'invocabilité du droit international coutumier a été admise (v. CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone** ; Crim. 13 mars 2001, *SOS Attentats**), à l'inverse des décisions du Conseil de sécurité, dépourvues d'effet direct en l'absence d'acte de réception, qui n'ont valeur que de « fait juridique » (Civ. 1re, 26 avr. 2006, *Société Dumez** ; v. aussi CE 3 nov. 2004, *Association de secours mondial de France**).

13 L'arrêt *GISTI et FAPIL* pose le principe d'invocabilité des stipulations conventionnelles créant des droits subjectifs dans le cadre du contentieux de la légalité, *i.e.* « à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif » (cas de l'espèce où est établie l'inconventionnalité du décret n° 2008-908), « ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent » (pour un exemple, dans le fil de l'arrêt *Nicolo**, illustrant le contrôle par voie d'exception de la conventionnalité de la loi, v. CE,

ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva** : l'absence d'effet direct de la stipulation entraîne le rejet du moyen). S'il a pu arriver qu'« accidentellement » (M. Gautier, F. Melleray, n° 68) le Conseil admette l'invocabilité de dispositions conventionnelles dépourvues d'effet direct à l'encontre d'actes réglementaires (CE 21 oct. 1983, *SA General Motors France*, n° 23120 et 23153, *Lebon* 582 ; CE 28 sept. 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, n° 28467, *Lebon* 481), depuis l'arrêt *GISTI* de 1997 (préc. § 4) il est acquis que des particuliers ne sont pas fondés à se prévaloir de ces normes impotentes (v. not. CE 10 nov. 1999, *Fédération CGT du commerce, de la distribution et des services*, n° 193836 ; CE 6 nov. 2000, *GISTI*, n° 204784, *Lebon T.* 649 ; CE 21 oct. 2005, *Aides et GISTI*, n° 285577, *Lebon* 438 ; CE 7 juin 2006, *Association Aides et autres*, n° 285576, *Lebon* 282 ; CE, sect., 18 juill. 2006, *GISTI*, n° 274664, *Lebon* 353).

14 Il est toutefois admis que des stipulations internationales même dénuées d'effet direct soient employées aux fins d'interprétation du droit national (CE 7 avr. 1965, *Secrétaire d'État au Commerce extérieur c/ Hurni*, n° 57537, *Lebon* 225 ; CE 27 janv. 1978, *Association « France terre d'asile »*, n° 01791, *Lebon* 33), ou de détermination de la compétence du juge administratif (CE 23 janv. 1963, *Coumarassamy Vannier*, n° 45279, *Lebon* 44 ; CE 11 mai 1966, *Couture*, n° 63491, *Lebon* 313). Logiquement, la condition d'effet direct disparaît aussi lorsqu'une disposition conventionnelle est invoquée par un État étranger (v. CE, ass., 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la Colonie royale de Hong-Kong** ; CE 14 déc. 1994, *gouvernement Suisse*, n° 156490, *Lebon* 549). Hors la sphère du contentieux de la légalité, le fameux arrêt *Gardedieu* a encore engagé la responsabilité de la France du fait des lois inconventionnelles, « en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques », sans que soit jamais posée la condition d'effet direct des stipulations en cause (CE, ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu**).

15 Il en résulte que l'invocabilité d'une norme conventionnelle internationale dans l'ordre interne n'est pas irrémédiablement liée à la création par celle-ci de droits subjectifs pour les personnes privées. Tout l'enjeu de l'arrêt *GISTI* (2012) était alors de savoir si le Conseil allait revenir sur sa jurisprudence *GISTI* (1997) sur ce point, ainsi que l'y incitaient l'*amicus curiae* spontané du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux de l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense (CREDOF) dans le cadre d'un programme sur la « justiciabilité des droits sociaux » et les conclusions du rapporteur public Gaëlle Dumortier qui, après Ronny Abraham, invitait le juge administratif à corriger le tir. C'est sur ce point que le classicisme – pour ne pas dire le conservatisme – des juges du Palais-Royal s'est manifesté.

B. – La confirmation de l'association entre effet direct et invocabilité des normes conventionnelles

16 L'assimilation dans la jurisprudence du Conseil d'État de l'effet direct et de l'invocabilité a pour effet que dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif, une norme conventionnelle dénuée d'effet direct sera considérée comme étant inexistante. Les pouvoirs publics ont donc tout loisir d'ignorer ces engagements étatiques sans craindre la censure du juge interne, hors le cas de la responsabilité du fait des lois inconventionnelles à la *Gardedieu* – le risque de la responsabilité internationale de l'État étant lui-même faible au vu de l'absence de juge obligatoire dans l'ordre juridique international (v. J. Matringe, p. 943-944). Par exemple, déclaré privé d'effet direct (CE 31 oct. 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 293785, *Lebon* 374), l'article 3-2 de la Convention sur les droits de l'enfant par lequel la France s'est engagée « à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être » ne peut être invoqué pour contester un acte administratif qui apparaîtrait comme constituant une entrave à la mise en œuvre de la clause.

17 L'injusticiabilité interne des stipulations dépourvues d'effet direct a fait l'objet de nombreuses critiques, tant au sein qu'à l'extérieur du Palais-Royal. Rares sont, à vrai dire, les commentateurs qui défendent cette jurisprudence cristallisée dans l'arrêt *GISTI* de 1997 et réitérée sans complexe apparent (et sans explications) dans celui de 2012. Alors qu'une certaine idée de l'État de droit commandait que l'effet direct et l'invocabilité fussent dissociés (*1°*), il semble que des considérations d'opportunité aient conduit la Haute Assemblée à préférer le *statu quo* (2°).

1° État de droit et effet direct

18 Le respect de la légalité, la confiance dans les engagements de l'État, en bref l'État de droit, sont les victimes collatérales – les particuliers en sont les victimes directes – de la limitation, par la jurisprudence du Conseil, de l'invocabilité des normes internationales aux seules d'entre elles d'effet direct. D'innombrables dispositions conventionnelles, par exemple celle de la Charte sociale européenne ou celles de la convention d'Aarhus en matière environnementale, auxquelles la jurisprudence ne reconnaît pas d'effet direct (v. *infra* II), voient leur portée normative amputée en droit français.

19 Ces clauses ne sont pourtant pas dépourvues de juridicité : elles demeurent des règles conventionnelles dont le respect s'impose dans la hiérarchie des normes, conformément à l'article 55 de la Constitution qui n'opère aucune discrimination selon l'effet direct (concl. R. Abraham, préc. § 4). La norme internationale dénuée d'effet direct n'en est pas moins susceptible de « contrain[dre] les pouvoirs publics et les autorités administratives, soit à faire – à abroger les lois ou règlements contraires à leur engagement ou à prendre les mesures auxquelles les

engagerait un traité –, soit au moins à ne pas faire – à ne pas prendre de mesure contredisant cet engagement » (concl. G. Dumortier, préc. § 4). Dans la mesure où, à travers le recours pour excès de pouvoir, il revient au juge administratif de contrôler le comportement de l'administration au regard de *toute la légalité*, il n'y a pas lieu d'écarter du bloc de référence les normes privées d'effet direct. Au reste, le contentieux de la légalité porte sur la violation du droit objectif, nonobstant la mise en cause de droits subjectifs.

20 Pour Ronny Abraham, une stipulation dénuée d'effet direct, si elle « ne peut pas servir de base à l'établissement d'un droit individuel », peut en revanche « toujours servir de référence à un contrôle de compatibilité d'une norme inférieure » (concl. préc. § 4). Aussi a-t-il été proposé au Conseil d'État de transposer au cas des traités internationaux sa jurisprudence sur l'invocabilité des directives communautaires, longtemps considérées comme étant, par nature, dépourvues d'effet direct, avant que l'arrêt *Dame Perreux* n'admette leur invocabilité par les particuliers, y compris à l'appui d'un recours dirigé contre un acte individuel (CE, ass., 30 oct. 2009, *Dame Perreux**). Dans la lignée pré-*Dame Perreux*, une stipulation conventionnelle dépourvue d'effet direct ne serait certes pas invocable à l'encontre d'un acte individuel (*cf.* CE, ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, n° 11604, *Lebon* 254) ; elle le serait en revanche pour annuler ou écarter une disposition réglementaire ou législative contraire (*cf.* CE 7 déc. 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, n° 41971 et 41972, *Lebon* 410 ; CE, ass., 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France**). À cette suggestion pressante reformulée par la rapporteure publique Gaëlle Dumortier en 2012, l'arrêt *GISTI et FAPIL* oppose un « non » souverainement obtus : les seules stipulations invocables demeurent celles qui « créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ». En l'absence, dans la décision, de tout élément motivant le rejet de l'argumentation pourtant convaincante de la rapporteure publique – et hier celle du commissaire du gouvernement devenu juge à la Cour internationale de Justice –, il faut en déduire que la solution repose principalement sur des considérations d'opportunité.

2° Opportunité et effet direct

21 Sans doute le Conseil d'État a-t-il une approche « contractualiste » des conventions internationales – l'emploi systématique du terme « stipulation » plutôt que « disposition » même lorsque sont concernés des « traités-lois » n'en est pas le moindre symptôme. Ainsi l'individu est-il perçu comme un tiers au traité lorsque ses clauses n'ont pas d'effet direct, ce qui expliquerait l'injusticiabilité de ces normes à son égard (H. Tigroudja, p. 164 ; X. Domino, A. Bretonneau, p. 936). Peut-être, aussi, que la rédaction de l'article 55 n'incite pas le juge administratif à isoler des catégories de traités (traités-lois, traités soumis à autorisation parlementaire en particulier), dont les dispositions seraient par principe invocables, qu'elles répondent ou non aux critères de l'effet direct. Une certaine conception de la séparation des pouvoirs couplée à l'idée que l'administration doit disposer d'une certaine marge de manœuvre dans la gestion des engagements conventionnels de la France (concl. Dumortier, préc. § 4, qui font référence à l'arrêt *Medellin v. Texas* de la Cour suprême américaine, 128 S.Ct. 1346 (2008), lequel préserve l'« option diplomatique » que constitue l'inexécution par l'État d'une obligation internationale) pourraient également expliquer la position du Conseil. Mais ces arguments, à vrai dire, ne faisant pas le poids en face des impératifs constitutionnels découlant de l'article 55 (*supra* § 19), ce sont avant tout des considérations d'opportunité qui semblent expliquer l'immobilisme du Conseil d'État.

22 Parmi celles-là figure en première ligne la crainte de la multiplication des recours, ou à tout le moins des moyens, fondés sur les quelque 6 000 traités auxquels la France est partie. Harcelé par le droit international, systématiquement conduit à apprécier la condition de réciprocité de l'article 55 conformément à sa jurisprudence *Chériet-Benségir** (CE, ass., 9 juill. 2010), le juge en viendrait à dégager une dangereuse présomption de réciprocité – tel était du moins en substance le drapeau rouge un peu curieusement brandi par le ministère des Affaires étrangères dans le mémoire soumis au Conseil (publié sur le site Combats pour les droits de l'homme, http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr, consulté le 27 févr. 2014). S'y ajoute surtout la forte probabilité que la transposition aux traités dépourvus d'effet direct de sa jurisprudence relative aux directives aboutisse aux mêmes « dérives byzantines » (O. Gabarda, p. 7). Partant, le Conseil d'État aurait voulu se prémunir contre l'inéluctable extension du domaine de l'invocabilité.

23 L'arrêt *GISTI et FAPIL* montre en tout état de cause que le Conseil a tenu à préserver la fonction qu'il assigne au principe d'invocabilité des normes d'effet direct, celle qui consiste, « dans l'articulation entre l'ordre international et l'ordre interne, [à] poser une écluse qui permette aux normes internationales de pénétrer l'ordre interne à un débit mesuré et, surtout, maîtrisé » (M. Gautier, p. 560). Eclusier retors, le juge français n'a pas toujours eu un comportement cohérent et prévisible dans sa manipulation du concept d'effet direct, les critères d'identification des normes susceptibles d'en être ointes n'ayant jamais été formulés. Aussi, faute d'avoir dissocié effet direct et invocabilité pure et simple, l'arrêt *GISTI et FAPIL* a-t-il voulu réduire l'immense marge de manœuvre du juge en procédant à une « objectivisation » de la détermination de l'effet direct.

II. – Objectivisation de la détermination de l'effet direct

24 Le problème de l'invocabilité mis à part, la jurisprudence administrative relative à l'effet direct des traités souffrait de nombreuses défectuosités (c'est encore le cas de la jurisprudence judiciaire), liées les unes aux autres, que l'arrêt *GISTI et FAPIL* s'est employé à atténuer. Elle présentait tout d'abord un caractère *péremptoire* : en quelques mots, et

même « *without any analysis* » aux yeux d'un observateur étranger (Th. Buergenthal, p. 389), le juge décrétait que telle stipulation était ou n'était pas d'effet direct. Et même lorsqu'il daignait avancer un semblant de motivation, il n'était pas rare qu'il se contentât de la « formule stéréotypée » (A. Minet, p. 2171) selon laquelle la stipulation « crée seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés » (ex. : CE 29 juill. 1994, *Préfet de Seine-Maritime*, n° 143866, *Lebon T.* 732), alors même que le rejet de l'effet direct reposait davantage sur le caractère incomplet de la stipulation que sur l'absence de création de droits subjectifs (v. concl. Ch. Maugüé sur CE, ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette, Mme Lipietz, RFDA* 1999. 357). La jurisprudence administrative présentait aussi un caractère *empirique*. En l'absence de norme de référence sur les critères de reconnaissance des stipulations d'effet direct faisant autorité dans l'ordre juridique français (les conclusions de Ronny Abraham ont rempli cet office à partir de 1997), « ce n'était que par l'exégèse de décisions d'espèce le refusant ou l'accordant à telle ou telle clause conventionnelle que l'observateur patient pouvait reconstituer ses contours et entreprendre d'en dresser une empirique cartographie » (X. Domino, A. Bretonneau). Elle présentait enfin un caractère *incertain* (« peu assuré », euphémise la rapporteure publique), tant les solutions apportées relevaient d'une approche casuistique mal conciliable avec l'exigence de prévisibilité du droit. Ainsi, des dispositions conventionnelles analogues dans leur rédaction pouvaient connaître un sort adverse (*cf.* CE 18 juin 2008, *Société centrale canine*, n° 298857 et CE 31 oct. 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, préc. § 16 ; v. E. Lagrange, p. 496).

25 Quelques grandes tendances émergeaient néanmoins du brouillard jurisprudentiel. Tout d'abord, face à un traité, le juge administratif appréciait l'effet direct stipulation par stipulation (on a parlé de « dépeçage »), et non « en bloc » comme la Cour de cassation le faisait fâcheusement, avant que sa jurisprudence rejoigne sur ce point celle du Conseil d'État (Civ. 1re, 18 mai 2005, *François X**). Au sein d'un même traité, certaines clauses ont ainsi été déclarées comme étant d'effet direct (exemple des articles 3-1, 4-1, 10 et 16 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, au terme des arrêts CE 10 mars 1995, *Demirpence*, n° 141083, *Lebon T.* 610 ; CE 22 sept. 1997, *Mlle Cinar*, n° 161364, *Lebon* 319 ; CE 23 avr. 1997, *GISTI*, préc. § 4), tandis que d'autres se sont vu privées de cette qualité par le juge administratif (exemple des articles 2-1, 2-2, 3-2, 5, 6, 8, 9, 12-1, 12-2, 14-1, 24-1, 26-1, 27-1, 28, 30 de la même convention, à l'issue des arrêts CE 29 juill. 1994, *Préfet de la Seine-Maritime*, préc. § 24 ; CE 3 juill. 1996, *Paturel c/ Premier ministre*, n° 140872, *Lebon* 256 et CE 23 avr. 1997, *GISTI*, préc. § 4). Le « dépeçage » peut même se faire, au sein d'une même clause, paragraphe par paragraphe (CE 28 déc. 2005, *Syndicat Agglomération Nouvelle Ouest-Provence*, n° 277128, *Lebon* 588 ; v. M. Gautier, F. Melleray, n° 63), au point d'aboutir à de « véritables mosaïques au sein d'un accord international » (concl. G. Dumortier, préc. § 4). Cette approche étant acquise et incontestée, l'arrêt *GISTI et FAPIL* n'y revient qu'implicitement en mentionnant la « stipulation » d'effet direct plutôt que le traité.

26 Ensuite, deux critères à peu près certains et un critère plus discuté de l'effet direct avaient émergé. Selon le premier, n'était pas dotée d'effet direct la norme conventionnelle qui « crée seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés » (CE, ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, n° 64106, *Lebon* 70). Le second critère privait d'effet direct la stipulation créant des droits subjectifs dont la formulation est conditionnelle ou trop imprécise pour pouvoir être mise en œuvre (CE 20 avr. 1984, *Ministre du Budget c/ Mlle Valton*, préc. § 9). Un troisième critère, bien que contesté (concl. R. Abraham, concl. G. Dumortier), autorisait de déduire de sa rédaction même l'absence d'effet direct d'une norme conventionnelle. Des formules par lesquelles « les États s'engagent à reconnaître » ou « garantir » les droits invoqués seraient le signe de l'absence d'effet direct de la stipulation, à l'inverse de formules par lesquelles « les États [les] reconnaissent » ou les « garantissent » (v. not. CE 28 déc. 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aérodrome Notre-Dame des Landes c/ Commission nationale du débat public*, n° 267287, *Lebon* 690 ; CE 26 sept. 2005, *Association collectif contre l'handiphobie*, n° 248357, *Lebon* 391 ; CE, ord., 9 mai 2006, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, n° 292398, *Lebon* 236 ; v. aussi concl. Ch. Maugüé préc. § 24). Les hésitations entourant ce troisième critère appelaient des précisions de l'Assemblée du contentieux.

27 Par son arrêt *GISTI et FAPIL*, le Conseil d'État a voulu corriger à la marge la jurisprudence administrative, en délivrant, à travers une « définition complète, pédagogique et lisible de l'effet direct » (B. Bonnet, p. 1712), le « mode d'emploi de la notion » (A. Minet). Telle est la fonction de la seconde partie du considérant de principe :

« [...] sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de Justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

28 L'objectivisation de l'effet direct procède de la formulation, à l'endroit du « juge administratif », de moyens de reconnaissance abstraits (A), qui par inclusion ou exclusion montrent l'influence déterminante du droit de l'Union européenne (B).

A. – La formulation de moyens de reconnaissance abstraits

29 Dans l'énoncé systématique que fournit le Conseil d'État, les éléments qui caractérisent la clause conventionnelle d'effet direct (*1°*) sont distin-

gués de la méthode d'interprétation que le juge doit suivre pour l'apprécier (2°).

1° Éléments caractéristiques de la disposition d'effet direct

30 Concernant les critères de l'effet direct, l'arrêt *GISTI et FAPIL* innove plus qu'une première approche pourrait le laisser penser. Saute immédiatement aux yeux, à la lecture de la dernière branche du considérant, le déclassement du critère rédactionnel (v. *infra* § 42). Mais par petites touches subtiles, le Conseil d'État apporte des précisions aux deux critères établis par sa jurisprudence antérieure.

31 Au risque, pour le commentateur, de tomber à son tour dans le piège rédactionnel, la tournure du considérant laisse tout d'abord penser que les juges n'ont pas consacré la présomption d'effet direct des traités que Ronny Abraham pensait avoir décelée dans le texte constitutionnel, laquelle devait céder si la norme conventionnelle avait pour objet de régler exclusivement les relations entre États *ou* si elle n'était pas complète (concl. préc. § 4; v. aussi B. Taxil, « Les normes internationales... », p. 441 s.). En effet, la formulation inversée de l'arrêt *GISTI et FAPIL*, qui pose les deux caractéristiques cumulatives qu'une stipulation doit nécessairement satisfaire pour être revêtue de cette qualité, tend plutôt à établir que les traités sont aux yeux du Conseil par principe présumés dénués d'effet direct (en ce sens v. P. Deumier, p. 487 ; Versailles, 22 mars 2013, *Association France-Palestine Solidarité et OLP c/ Société Alstom Transport SA*, n° 11/05331 ; *contra* v. Y. Aguila, p. 729).

32 La définition *prima facie* de la norme d'effet direct donnée dans la première partie du considérant (v. *supra* § 9-10) explique par ailleurs la formulation sous la négative des deux critères. À la répétition, le Conseil d'État préfère le risque de la tautologie. Il n'empêche que les deux parties du considérant (la définition *prima facie* et les critères formulés ensuite) doivent être lues conjointement pour livrer leur sens complet, dans la mesure où la première consacre l'élément commun aux deux critères jurisprudentiels traditionnels : la création de droits subjectifs. La présentation subséquente des critères dans le considérant fournit des éléments de reconnaissance plus précis. Est ainsi doté d'effet direct la stipulation qui « créaee des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir » *et* qui « n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ». L'objet (a) et la complétude (b) de la disposition conventionnelle sont, dans ce cadre, les deux critères consacrés par l'Assemblée du contentieux.

a) Le critère de l'objet

33 La première caractéristique de la clause d'effet direct est qu'elle doit créer des droits subjectifs pour les particuliers (définition *prima facie*) et, *a contrario*, que son objet exclusif ne doit pas être de régir des relations interétatiques (critère de l'objet ; qui se mêle ainsi à celui du destinataire de la norme (concl. R. Abraham préc. § 4)). Répond par exemple à la

condition de l'objet l'article 10, § 1er (« Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »), du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques (CE 24 oct. 2005, *Deville*, n° 276685, *Lebon T.* 689), ou encore l'article 4-1 de la Convention n° 118 de l'OIT (CE 23 avr. 1997, *GISTI*, préc. § 4). Dans l'affaire *GISTI et FAPIL*, le Conseil d'État a également établi que l'art. 6-1 de la convention internationale du travail n° 97, qui pose le principe de non-discrimination entre travailleurs migrants et ressortissants nationaux en matière de logement, « ne saurait être interprété comme se bornant à régir les relations entre États ». Pour autant, la proposition de la rapporteure publique de poser une présomption d'effet direct pour ce type de convention dont l'objet même est de reconnaître des droits individuels est restée sans suite : l'arrêt de 2012 n'en porte trace.

34 Inversement, l'effet direct a été refusé à l'article 8 de la Convention d'Aarhus de 1998 pour l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, en ce qu'il « crée seulement des obligations entre les parties à la Convention » (CE 16 nov. 2011, *Société Ciel et Terre*, n° 344972, *Lebon T.* 746 ; v. aussi concernant les conventions de Berne et de Ramsar : CE 17 nov. 1995, *Union juridique Rhône-Méditerranée*, n° 159855, *Lebon* 412 ; et concernant la Convention de l'Unesco pour la protection du patrimoine mondial : CE 26 nov. 2010, *Association Architectes du Patrimoine*, n° 331010, *Lebon T.* 616). De même, les accords entre la France et la Russie relatifs à l'indemnisation des fameux « emprunts russes », bien qu'intéressant au premier chef les porteurs de titres, ont été considérés dépourvues d'effet direct, leur objet étant d'« apurer un contentieux financier entre les deux États » (CE 21 févr. 2003, *Uran*, n° 226489, *Lebon* 45 ; CE, ass., *Kandyrine de Brito Paiva** ; v. M. Gautier, F. Melleray, nos 66-67).

35 L'épithète « exclusif » adossé au critère de l'objet par l'arrêt *GISTI et FAPIL* permet néanmoins de couvrir l'hypothèse de la disposition conventionnelle qui, tout en étant créatrice de droits et d'obligations pour les États parties, est susceptible de créer *aussi* des droits pour les individus, ce qui ressort, au reste, de la lecture combinée de la définition *prima facie* de l'effet direct et du critère de l'objet. Tel est par exemple le cas de certaines dispositions de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires (CE 29 janv. 1993, *Mme Bouilliez*, n° 111946, *Lebon* 15 ; CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand, Rec. CIJ* 492 s., § 74 s. ; CIJ, arrêt du 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains, Rec. CIJ* 52 s., § 99 s.) ou des conventions bilatérales d'extradition (CE, ass., *Dame Kirkwood*, n° 16690, *Lebon* 291 ; *contra* v. CE, ass., 8 mars 1985, *Garcia-Henriquez*, préc. § 26, où le Conseil d'État juge que les stipulations de la clause de la convention d'extradition applicable entre la France et la Colombie « qui prévoient la consultation du gouvernement colombien lorsque l'extradition d'un de ses ressortissants est demandée par un pays tiers, créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés »).

b) Le critère de la complétude

36 En sus de son objet non exclusivement interétatique, la norme d'effet direct est celle qui crée des droits subjectifs sans « requ[érir] l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ». Est ici visé le caractère *self-executing* (ou auto-exécutoire, autosuffisant) de la norme, exigence qui n'est d'ailleurs pas réservée aux dispositions conventionnelles, dans la mesure où le juge administratif écarte tout autant l'applicabilité directe des normes nationales trop vagues ou trop générales (H. Tigroudja, p. 150). L'exemple de l'objectif à valeur constitutionnelle que constitue, justement, le droit au logement est à cet égard parlant (CE, ord. 3 mai 2002, *Association réinsertion sociale du Limousin*, n° 245697, *Lebon* 168 ; v. Th. Fleury, *Dr. adm.*, n° 8, août 2012, comm. 76). Dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*, en revanche, le Conseil d'État juge que l'article 6-1 de la Convention n° 97 de l'OIT ne requiert aucun acte complémentaire pour produire ses effets. Autre exemple antérieur, le Conseil d'État a jugé que les articles 2.1, litt. a, et 3 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est (Convention « OSPAR ») comportent des « obligations claires et précises et ne sont pas subordonnées à l'intervention d'un acte ultérieur » (CE 4 août 2006, *Comité réflexion, information et lutte antinucléaire et Association « Le réseau sortir du nucléaire »*, n° 254948, *Lebon* 381).

37 C'est que le critère de la complétude pèche lorsque la norme est formulée « dans des termes trop généraux pour se suffire à eux-mêmes, et pour être susceptibles d'une application immédiate à des cas particuliers » (concl. R. Abraham, préc. § 4). Imprécise ou conditionnée, la norme dénuée d'effet direct « suppose nécessairement l'intervention d'une législation nationale d'application sans laquelle elle est impuissante à produire des effets concrets » (*id.*). Le Conseil a jugé que tel était le cas de nombreuses stipulations de la Charte sociale européenne, notamment l'article 4-4 par lequel les États parties « s'engagent à reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable, lors de cas de cessation d'emploi » (CE 20 avr. 1984, *Ministre du Budget c/ Mlle Valton*, préc. § 9). Moins que du caractère apparemment médiat du droit reconnu (s'engager à reconnaître n'est pas reconnaître immédiatement), la nécessité de l'adoption de mesures nationales permettant la mise en œuvre du droit se déduit de l'imprécision du « délai raisonnable » en matière de préavis. Telle quelle, la stipulation est inapte à régir une situation concrète de cessation d'emploi : on attend du législateur qu'il précise la durée exacte du préavis.

38 Dans d'autres cas de figure, l'absence d'effet direct se déduit d'autant plus facilement que la stipulation renvoie à des mesures à prendre en vue d'assurer le plein exercice du droit (v. par ex., au sujet du droit de jouir du meilleur état de santé possible, prévu à l'article 12 du Pacte de 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels, CE 26 sept. 2005, *Association « Collectif contre l'handiphobie »*, préc. § 26).

39 De plus, selon deux commentateurs du sérail, l'emploi du verbe « requérir » dans l'arrêt *GISTI et FAPIL* (« [...] et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire [...] ») constituerait un discret apport de l'arrêt au regard de la jurisprudence en place : « il ne suffit pas que la stipulation renvoie à l'édiction éventuelle d'un acte de mise en œuvre pour se voir dénier l'effet direct : encore faut-il que cet acte soit nécessaire à son application » (X. Domino, A. Bretonneau).

40 Ainsi le Conseil d'État semble-t-il lâcher un peu de lest dans l'appréciation de l'effet direct. Ces critères, limités à deux et légèrement assouplis, pourraient conduire le juge à admettre plus facilement l'invocabilité de normes internationales, voire à revenir sur certaines interprétations que le considérant de principe de 2012 inciterait à invalider (en ce sens, v. l'évolution du Conseil d'État concernant l'article 6, § 9, de la Convention d'Aarhus, qui pourrait être imputée à la disparition du critère rédactionnel : CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, n° 292942, *Lebon* 237 ; et CE, ass., 12 avr. 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n° 342409, *Lebon* 60). Il n'en demeure pas moins que le droit, y compris le droit administratif, n'est pas une science exacte. Même au vu des deux critères jurisprudentiels peaufinés par l'arrêt *GISTI et FAPIL*, il peut s'avérer délicat pour le juge de distinguer une clause d'effet direct d'une disposition qui ne l'est pas. A titre illustratif, s'il se trouve que l'article 3-1 de la Convention sur les droits de l'enfant qui consacre l'obligation de prendre en compte « l'intérêt supérieur de l'enfant » a été considéré comme étant revêtu de l'effet direct (CE 22 sept. 1997, *Mlle Cinar*, préc. § 25 ; CE 31 oct. 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, préc. § 16), force est d'admettre que l'interprétation contraire d'une clause aussi imprécise n'aurait pas été choquante d'un point de vue strictement juridique. Aussi, le Conseil d'État ne s'est pas contenté de fournir aux juges administratifs des critères d'appréciation : il leur a aussi indiqué des techniques interprétatives.

2° Méthode d'interprétation à suivre

41 Selon la « règle générale d'interprétation » de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Même si la France n'est toujours pas partie à ce traité, la règle de l'article 31 a valeur coutumière. Aussi l'appréciation de l'effet direct d'une stipulation conventionnelle devrait-elle se faire selon les modalités de l'article 31 (on s'épargnera ici le débat en abîme sur l'effet direct des règles coutumières d'interprétation des traités !). L'arrêt *GISTI et FAPIL* indique toutefois au juge administratif qu'il doit apprécier les critères de l'effet direct « eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes », méthode qui s'applique également aux deux critères dégagés, alors même que la prise en compte, dans la jurisprudence antérieure, de « l'intention et de l'économie générale » du traité concernait prioritairement le critère de l'objet, et celle du « contenu et des termes » celui de la complétude.

42 Il est vrai que la règle générale d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne est perçue par le juge administratif comme un simple « élément parmi d'autres » pour guider son interprétation (G. Burdeau, *AJDA* 1993. 366). On pourrait également soutenir que les directives du « traité des traités » concernent davantage le sens matériel que les effets juridiques de la disposition à interpréter. Quoi qu'il en soit, sans être contradictoire avec l'article 31 de la Convention de Vienne, l'incise du Conseil d'État ne lui est pas similaire. L'impression prévaut que la formule du Conseil allie à d'authentiques méthodes d'interprétation (prise en compte de l'économie générale du traité, de son contenu, de ses termes) des éléments qui s'apparentent à des critères déchus de l'effet direct : l'intention (élément défendu par D. Chauvaux et T.-X. Girardot, chron. *in AJDA* 1997. 436 et J. Verhoeven, p. 259 ; v. aussi CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, préc. § 1), et la rédaction de la disposition conventionnelle – le fameux « critère rédactionnel » (v. *supra* § 30) – auquel l'arrêt fait un sort. Il précise en effet que l'absence d'effet direct « ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit », ce qui revient à préserver les deux critères consacrés des interférences rédactionnelles. L'élément rédactionnel ne disparaît pas complètement (l'arrêt renvoie à l'intention *exprimée* des parties et aux *termes* du traité) ; il a rang d'indice parmi d'autres. C'est ainsi que dans l'affaire de l'espèce, la rédaction de l'article 6-1 de la Convention sur les travailleurs migrants (« Tout membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer [...] ») qui aurait pu, avant 2012, faire pencher la balance du côté de l'absence d'effet direct, n'a pas empêché l'invocation, couronnée de succès, de la stipulation garantissant l'égalité de traitement par le GISTI et la FAPIL.

B. – L'influence du droit de l'UE

43 L'influence du droit de l'Union européenne dans le considérant de principe du Conseil d'État se manifeste lorsque sont explicitement exclus de la grille d'analyse de l'effet direct les traités de l'UE (*1°*) ; plus implicitement si l'on considère que l'arrêt *GISTI et FAPIL* inclut certains acquis de la jurisprudence communautaire relative à l'effet direct (*2°*).

1° Exclusion explicite du cas des traités de l'UE

44 L'arrêt de 2012 indique que les précisions qu'il fournit relatives à la méthode d'identification des stipulations internationales d'effet direct ne valent que « sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de Justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct ».

45 L'incise fait écho aux conclusions de M. Ronny Abraham dans l'affaire *GISTI* de 1997, dont les critères proposés de l'effet direct ne concernaient que les traités « extérieurs à la sphère » de l'UE (concl. préc. § 4). On sait que le Conseil d'État n'hésite plus à afficher une certaine déférence à l'égard de « l'ordre juridique intégré que constitue l'UE » (CE, ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Pavia**), lequel bénéficie d'un traitement privilégié par rapport au droit international général (concl. G. Dumortier préc. § 4). Est ainsi préservée la compétence de la Cour de Justice de l'Union européenne pour interpréter, *via* le renvoi préjudiciel, le droit de l'Union, auquel appartiennent tant les traités « communautaires » que les accords extérieurs conclus par l'Union au sens des articles 216 s. TFUE.

46 La déférence semble en l'espèce outrancière, dans la mesure où l'arrêt renvoie à la compétence « exclusive » de l'Union européenne en matière d'interprétation, ce qui a été qualifié de « solution surprenante » (D. Ritleng, p. 928), qui « ne laisse d'étonner » (P. Cassia et S. Robin-Olivier, p. 806), voire de « lapsus » (F. Jault-Seseke, p. 133) par plusieurs commentateurs de l'arrêt (v. aussi J.-S. Bergé, p. 1105), même si parmi eux aucun n'a eu l'impudence de parler d'erreur de droit. Effectivement, le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE n'a rien d'automatique pour le juge national, qui demeure le juge de droit commun du droit de l'UE (CJUE, 8 mars 2011, avis 1/09, *Rec.* I-1137, § 80), chargé à ce titre d'interpréter les traités de l'UE (v. par ex. CE 30 déc. 2002, *Fédération française de basket-ball*, n° 219646, *Lebon* 485). La jurisprudence de la Cour de Luxembourg admet qu'en la matière la compétence d'interprétation est partagée (CJCE 26 oct. 1982, *Kupferberg*, aff. 104/81, *Rec.* 3641, § 17).

47 Sans doute conscientes de la faiblesse de l'arrêt *GISTI et FAPIL* sur ce point, les deux sous-sections réunies du Conseil dans l'affaire *Air Algérie* ont apporté des précisions – un correctif substantiel, à vrai dire – à l'arrêt d'assemblée, en affirmant, conformément à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, que la « compétence exclusive » de la CJUE « doit s'entendre sous réserve que la question posée soit déterminante pour la solution du litige que la juridiction nationale doit trancher et qu'elle présente une difficulté sérieuse » (CE 6 déc.2012, n° 347870, *Lebon* 398, § 28). Si le juge administratif considère en revanche qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour d'une question préjudicielle, il lui revient alors d'« apprécier lui-même l'effet direct des stipulations en cause » (*ibid.*). C'est ce qu'a fait le Conseil d'État dans l'affaire en question, en examinant lui-même les dispositions invoquées de la Convention cadre des Nations Unies sur le changement climatique et du Protocole de Kyoto auxquels l'UE est partie. Mais l'appréciation de l'effet direct intervient alors selon les critères de la Cour de Justice de l'UE – hypothèse non mentionnée par l'arrêt *GISTI et FAPIL* –, que le Conseil a rappelés en reprenant les termes mêmes de la Cour européenne (v. CJCE 3 juin 2008, *Intertanko et autres*, aff. C-308/06, *Rec.* I-4057, § 43 à 45) :

« les stipulations d'un traité international ne peuvent [...] être utilement invoquées aux fins de l'examen de la validité de l'acte du droit de l'Union que si, d'une part, la nature et l'économie de la convention en question n'y font pas obstacle et si, d'autre part, elles apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, dès lors qu'elles comportent une obligation claire et précise qui n'est

subordonnée, dans son exécution ou ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur ».

48 Mettant en œuvre cette approche, il a ainsi refusé l'effet direct à plusieurs dispositions de la Convention-cadre de 1992 en jugeant « qu'eu égard à leur contenu, qui n'édicte aucune obligation claire et précise et qui nécessite des mesures d'application, elles ne sauraient [...] être regardées comme revêtant un caractère inconditionnel et suffisamment précis de manière à engendrer pour le justiciable le droit de s'en prévaloir en justice ».

49 Le juge administratif est ainsi susceptible de déployer deux méthodes d'analyse de l'effet direct des clauses conventionnelles : celle de l'arrêt *GISTI et FAPIL* pour les traités internationaux « classiques » ; celle de l'arrêt *Air Algérie*, c'est-à-dire celle de la CJUE, pour les traités de l'Union européenne, ceux qui la régissent et ceux qu'elle a conclus, la Cour de Justice n'ayant pas opéré, sur la question de l'effet direct, de distinction entre ces deux types de conventions internationales (CJCE 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 1, et 12 déc. 1972, *International Fruit Company*, aff. C-21-24/72, *Rec.* 1219, § 19). Les choses se complexifient dès lors que la France est partie aux accords extérieurs de l'UE, par exemple en matière de changement climatique. Le juge administratif saisi de la validité d'un acte administratif au regard, par exemple, de la Convention de Rio est en effet susceptible d'en analyser l'effet direct au regard de l'une ou l'autre des deux méthodes selon que les moyens présentés mettent ou non en cause par voie d'exception la validité d'un acte de l'Union. Les risques d'incohérence diminuent cependant si l'on considère que l'arrêt *GISTI et FAPIL*, loin d'ignorer les critères de la Cour de Luxembourg, opère un certain rapprochement avec sa jurisprudence.

2° Inclusion implicite des critères de la Cour de Justice de l'UE

50 Comme l'a souligné la rapporteure publique G. Dumortier, le droit de l'UE constitue un « laboratoire » susceptible d'inspirer le juge administratif sur la question de l'effet direct. Plusieurs éléments de l'arrêt *GISTI et FAPIL* témoignent de cet aspect du « dialogue » (plutôt à sens unique) des juges.

51 On notera tout d'abord que la formulation abstraite d'une méthode de l'effet direct qu'on trouve dans l'arrêt de 2012 constitue un « effort de rationalisation » (D. Carreau, F. Marrella, *Droit international*, 11e éd., Paris, Pedone, 2012, p. 549) que la Cour de Luxembourg avait entrepris dès l'arrêt *Van Gend en Loos* (CJCE 5 févr.1963, *Van Gend en Loos*, préc. § 49). Si, de plus, les termes employés dans les considérants de principe du juge parisien et de son homologue luxembourgeois ne sont pas identiques, la substance n'en est guère différente. Se retrouve dans la jurisprudence européenne le critère de l'objet comme de la complétude. Le premier s'exprime eu égard à « la nature et [à] l'économie » de la convention, qui conduisent le juge à vérifier si « les dispositions d'un accord international engendrent des droits pour les justiciables de l'Union » ou « si, par sa nature et son économie, elle est susceptible de conférer aux particuliers des droits dont ils peuvent se prévaloir devant les juridictions » (concl. J. Kokott sous CJUE, gr. ch., 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America et autres*, aff. C-366/10, *Rec.* I-13755, § 69 et 70). Le critère de la complétude se retrouve quant à lui dans la condition selon laquelle la stipulation d'effet direct doit « comport[er] une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur » (CJUE 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, aff. C-240/09, *Rec.* I-1255, § 44). Les critères sont donc les mêmes ; seuls varient éventuellement certains éléments d'appréciation : la répartition des méthodes d'interprétation selon les critères, non retenue par le Conseil (v. *supra* § 41), ou encore la référence à la clarté et à la précision de la stipulation, que le Conseil n'a pas évoquées explicitement dans l'arrêt *GISTI et FAPIL* – mais l'on n'est pas certain que le considérant de principe l'exclue pour autant. Force est enfin de constater que le « critère rédactionnel » neutralisé par le Conseil d'État en 2012 l'avait été cinquante ans plus tôt par la Cour de Justice (CJCE 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, préc. § 49).

52 La jurisprudence de Luxembourg sur l'effet direct, non pas celle concernant les directives mais celle concernant les accords extérieurs, devrait alors inciter le Conseil d'État à revenir sur l'assimilation, ô combien douteuse, entre effet direct et invocabilité dans le contentieux de la légalité (v. *supra* § 16 s.). En effet, si la Cour continue de subordonner l'invocabilité d'une clause internationale à son effet direct (CJCE 23 nov. 1999, *Portugal c/ Conseil*, aff. C-149/96, *Rec.* I-8395 ; CJUE 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America*, préc. § 51, § 49-56), sa jurisprudence a admis dans certaines hypothèses qu'une disposition dénuée d'effet direct pouvait être justiciable (v. O. Cassia, S. Robin-Olivier). Tel est notamment le cas lorsque l'acte en cause a été adopté afin de mettre en œuvre la stipulation concernée ou lorsqu'il y renvoie (CJCE 22 juin 1989, *Fediol*, aff. C-70/87, *Rec.* 1781 ; CJCE 7 mai 1991, *Nakajima*, aff. 69/89, *Rec.* I-2069 ; CJCE 5 oct. 1994, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-280/93, *Rec.* I-4973, § 105-111 ; CJCE 23 nov. 1999, *Portugal c/ Conseil*, préc., § 47-49 ; CJCE 30 sept. 2003, *Biret International c/ Conseil*, aff. C-93/02, *Rec.* I-10497, § 63, au sujet des accords GATT et OMC ; CJCE 3 juin 2008, *Intertanko*, préc. § 48, 52, au sujet de la convention MARPOL sur la pollution en mer ; CJUE, 8 mars 2001, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc. § 51, au sujet de la Convention d'Aarhus).

*

* *

53 Dans ses conclusions de 1997, Ronny Abraham faisait remarquer au Conseil d'État qu'« [a]ucune de [ses] décisions n'a[vait] jamais cherché à systématiser [l]es critères [de l'effet direct], ni à [en] donner une définition générale et complète ». Quinze ans plus tard, la Haute Assemblée a

remédié à cette carence. L'arrêt *GISTI et FAPIL* a-t-il pour autant rendu la jurisprudence administrative sur l'effet direct moins *péremptoire*, moins *empirique* et moins *incertaine* ? Sans doute la liberté d'interprétation du juge administratif est-elle prise dans les rets de la codification opérée des critères et des méthodes d'interprétation des normes conventionnelles d'effet direct. Même si les mailles en sont larges – l'interprétation n'est pas une opération mathématique –, les décisions rendues en matière d'effet direct des traités devraient être moins confuses et davantage prévisibles. L'application des critères bien identifiés de l'arrêt *GISTI et FAPIL* se vérifie par exemple dans l'arrêt *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, qui rejette l'effet direct de l'article 15 de la Charte sociale européenne au regard de son incomplétude et de son objet exclusivement interétatique, tandis que les dispositions invoquées de la Convention de New York relative aux droits des handicapés le sont exclusivement au regard du premier de ces critères (CE 4 juill. 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n° 341533, *Lebon* 261).

54 Le maniement des critères par le Conseil d'État lui-même n'est toutefois pas exempt de tout reproche, en dépit de la méthodologie fixée. Un risque, qui s'est concrétisé dans l'affaire *Air Algérie*, est que le considérant de principe de l'arrêt de 2012 soit utilisé comme une formule stéréotypée pour rejeter ou reconnaître l'effet direct d'une disposition conventionnelle sans autre forme de motivation (CE 6 déc. 2012, *Société Air Algérie*, préc. § 47, au sujet de certaines stipulations, reconnues d'effet direct, de la Convention de Chicago sur l'OACI et de l'Accord franco-algérien de 2006 relatif aux services de transport aérien).

55 À d'autres occasions encore, le Conseil d'État semble avoir mis de côté le *vade-mecum* de l'arrêt *GISTI et FAPIL*. Par exemple, dans l'affaire *Robin des toits*, l'article 8 de la Convention d'Aarhus s'est vu priver d'effet direct parce qu'il « cré[e] seulement des obligations entre les États parties à la convention », alors même que la clause vise « le public », dont la participation doit être « promue », ce « à un stade approprié » (CE 20 mars 2013, *Robin des toits et autres*, n° 354321). Moins que l'objet de la norme, c'est son incomplétude qui aurait pu justifier que le Conseil lui refusât l'effet direct. L'effet direct de plusieurs stipulations de cette même convention a en revanche été admis – mais sans aucune explication ni référence aux critères dégagés en 2012 – dans l'affaire *Association coordination interrégionale Stop THT* (CE, ass., 12 avr. 2013, préc. § 41). Ce défaut total de motivation s'explique peut-être par le fait que normes de droit interne (Code de l'environnement) et stipulations conventionnelles ici convergeaient. Se vérifie alors l'importance de l'état du droit interne dans l'appréciation du juge : « Une norme conventionnelle apparaîtra au juge interne d'une précision suffisante pour qu'il l'applique lui-même si l'ordre juridique interne comporte déjà les éléments d'un régime juridique qui favorise son applicabilité "instantanée" » (E. Lagrange, p. 491). Toujours est-il qu'à partir du moment où la norme interne s'inscrit dans la lignée de la norme internationale, il y aurait lieu, à tout le moins et conformément à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg (v. *supra* § 52), d'admettre la justiciabilité de stipulations conventionnelles privées d'effet direct. Pour l'heure, la brèche n'est pas ouverte : les progrès, qui doivent encore être consolidés, de l'arrêt *GISTI et FAPIL* en matière de transparence ne doivent pas masquer la stagnation jurisprudentielle qu'il constitue au regard de l'invocabilité des normes conventionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

Franck Latty

Bibliographie

R. Abraham, *Droit communautaire, droit international et droit français*, Paris, Hachette, 1989, 223 p. ; D. Alland, « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *RGDIP* 1998/1, p. 203-244 ; Th. Buergenthal, « Self-Executing and Non Self-Executing Treaties in National and International Law », *RCADI*, 1992, t. 235, p. 303-400 ; E. Claes, A. Vandaele, « L'effet direct des traités internationaux : une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *RBDI*, 2001/2, p. 411-491 ; M. Gautier, F. Melleray, « Applicabilité des normes internationales », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 20, 04.2013 ; E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, 2011, t. 356, p. 243-552 ; B. Taxil, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux en France et aux États-Unis », *RIDC* 2007. 157-176 ; B. Taxil, « Les normes internationales », *in* P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, tome 1, 841 p. ; H. Tigroudja, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA* 2003. 154-168 ; B. Tornay, « L'effet direct des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *RDUE*, 2006/2, p. 325-368 ; J. Verhoeven, « La notion d'applicabilité directe en droit international », *RBDI* 1980. 243-264.

Voir aussi dans cet ouvrage :

CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, v. comm. n° 16 ; CE, ass., 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, v. comm. n° 18 ; CE, ass., 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la Colonie royale de Hong-Kong*, v. comm. n° 22 ; CE, ass., 6 juin 1997, Aquarone, v. comm. n° 23 ; Cons. const. 22 janv. 1999, *Cour pénale internationale*, v. comm. n° 26 ; Crim. 13 mars 2001, *SOS Attentats*, v. comm. n° 29 ; CE 3 nov. 2004, *Association de secours mondial de France*, v. comm. n° 34 ; Civ. 1re, 18 mai 2005, *François X.*, v. comm. n° 35 ; Civ. 1re, 26 avr.

2006, *Société Dumez*, v. comm. n° 37 ; CE, ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu*, v. comm. n° 39 ; CE, ass., 30 oct. 2009, *Dame Perreux*, v. comm. n° 44 ; CE, ass., 9 juill. 2010, *Chériet-Benségir*, v. comm. n° 48 ; CE, ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, v. comm. n° 54.